II.

Ueber den Unterschied zwischen servitutes praediorum urbanorum und rusticorum.

Von
Herrn Dr. L. von der Pfordten,
öffentl. ordentl. Professor der Rechte an der Universität zu Würzburg.

§. 1.

Die Grunddienstbarkeiten, oder servitutes im engeren Sinne, werden in den Quellen entschieden in zwei Klassen getheilt, servitutes praediorum urbanorum und rusticorum, ohne daß jedoch irgend einmal ein bestimmtes Unterscheidungsmerkmal angegeben würde. Dies berechtigt zu dem Schlusse, daß es sehr einfach sey. Gleichwohl hat man sich bis jetzt darüber nicht vereinigen können, und dieser Umstand mag den folgenden Versuch zu einer neuen Begriffsbestimmung rechtfertigen.

Zunächst muß der Begriff der praedia rustica und urbana festgestellt werden, da sich auch hierüber Meinungsverschiedenheiten finden. In den Quellen heißt jeder Theil der Erdoberfläche im Allgemeinen locus, Platz, und, wenn er begränzt ist, fundus oder praedium, Grundstück [1]). Im engeren Sinne aber ist fundus ein leerer Platz ohne Gebäude, und heißt area, Bauplatz, wenn er zur Errichtung eines Gebäudes bestimmt ist, oder ager, Acker, Feld, wenn er zum Landbau benützt wird; im Gegensatze dazu stehen die aedificia, Gebäude, und heißen in der Stadt aedes oder aedificia urbana, auf dem Lande aber villae oder aedificia rustica [2]). Demnach sind alle praedia entweder fundi oder aedificia; jene nennt Ulpian [3])

---

1) l. 60. l. 211 D. de V. S.
2) l. 211 D. de V. S. — Koch, de praedio urbano et rust. Jenae 1757. §. 6.
3) l. 1 pr. D. commun. praed. l. 198. D. de V. S.

praedia rustica, diese praedia urbana; der Begriff des praedium urbanum wird also nicht, wie der des aedificium urbanum durch den Ort bestimmt, sondern durch seine Gestalt und Natur, und jedes Gebäude, es mag in der Stadt oder auf dem Lande liegen, heißt praedium urbanum. Anders dachte Neratius; er unterschied die praedia rustica und urbana nach dem Orte [4]; allein die Ansicht Ulpian's ist die herrschende geworden, und durch die Kaiser bestättigt [5]. Eine Abweichung von dieser Terminologie soll nach der Ansicht mehrerer unserer Juristen [6]) Ulpian selbst in l. 3 D. in qu. caus. p. tacite gemacht haben; allein er giebt in diesem Gesetze durchaus keinen andern Begriff von praedium urbanum, sondern stellt nur diejenigen praedia rustica, welche keine Früchte tragen, rücksichtlich des stillschweigenden Pfandrechts des Vermiethers den praediis urbanis gleich, so daß er mit Neratius in l. 4. D. eod. ihrer verschiedenen Terminologie ungeachtet in dem Satze übereinstimmt, dem Vermiether eines Grundstückes, das keine Früchte trägt, seyen, es möge übrigens ein urbanum oder rusticanum seyn, die invecta et illata verpfändet. Noch weniger kann man daher mit Unterholzner [7] behaupten, in den Gesetzen werde nur das fruchttragende Grundstück ein praedium rusticum genannt, jedes andere ein urbanum, es möge ein Gebäude seyn, oder nicht; denn dieser Begriffsbestimmung stehen nicht blos die obigen deutlichen Gesetze, sondern auch der Umstand entgegen, daß die Unterscheidung der praedia rustica und urbana älter ist, als die stillschweigende Hypothek des Verpächters, und daß sich die darauf gestützte Eintheilung der Servituten bei dieser Begriffsbestimmung ganz unerklärlich darstellen würde.

---

4) l. 4. §. 1. D. in qu. caus. p. tac.

5) l. 16. C. de adm. tut. — §. 1. J. de serv. praed.

6) Koch l. c. §. 2. — Glück B. 9. S 24 und B. 18. S. 410. — Wening, Civilrecht II. §. 141.

7) Verjährungslehre II. S. 121.

Fragen wir nun, in welcher Weise die Unterscheidung der zwei Klassen von Grundservituten auf jene Begriffe von praedium urbanum und rusticum gestützt sey, so finden sich hierüber unter unsern Juristen drei verschiedene Ansichten. Die eine geht dahin, es komme darauf an, welche Beschaffenheit das dienende Grundstück habe [8]; dagegen will die andere [9], und dies ist jetzt die gemeine Meinung [10], auf die Beschaffenheit des herrschenden Grundstückes sehen, während endlich einige Neuere [11]) beide Ansichten verbindend behaupten, wie das Wort servitus bald das Recht, bald die Last bezeichne, so sey auch der Ausdruck servitutes praediorum urbanorum oder rusticorum zweideutig.

Es dürfte sich aber leicht zeigen lassen, daß keine dieser Ansichten haltbar ist. Sie führen nämlich alle zu dem Resultate, daß dieselbe Servitut je nach Umständen bald eine servitus praediorum urbanorum, bald eine servitus praediorum rusticorum seyn würde. Dies ist aber schlechthin undenkbar. Vor Allem kommt hier nämlich in Betracht, daß die Gesetze die beiden Klassen der Servituten ganz strenge scheiden, und die einzelnen Servituten ganz bestimmt und entschieden der einen oder andern Klasse zuweisen [12]. Dazu kommt dann, daß die Unterscheidung nicht blos auf dem Namen beruht, sondern in der Natur und dem Wesen der Servituten

8) z. B. Cocceji: jus civ. contr. libr. 8. tit. 1. qu. 1.

9) D'Avezan, Serv. liber. P. III. c. 15 et 17. — Cujacius ad §. 1. J. de serv. in ed. Neap. P. I. p. 76. und ad l. 1, 3, 7, 10 D. de serv. P. VII. p. 380, 384, 388, 391. — Merillius in var. Cuj. I. 12.

10) Thibaut, System, §. 751. — Wening II, §. 66. — Mühlenbruch §. 280. — Unterholzner, Verjährungslehre II, §. 191. — Puchta, Lehrbuch der Pandekten §. 159.

11) Glück, Commentar B. 9. S. 23. — Luden, die Lehre von den Servituten. Gotha 1837. S. 31.

12) Man vergl. §. 1. J. de serv. praed. und Rubr. und l. 2—4 D. de S. P. U. mit pr. §. 2 J. eod. und l. 1. D. de S. P. U., l. 66 pr. D. de contr. emt.

gegründet ist, und deßhalb praktische Folgen hatte, und noch hat. Die servitutes praediorum rusticorum wurden nämlich zu den res mancipi gerechnet, die andern nicht [13]. Von den servitutes praediorum urbanorum wird gesagt, sie hätten eine certa und continua possessio, welche sich bei den übrigen nicht finde [14], und darum erlöschen diese durch bloßen non usus, während jene eine usucapio libertatis fordern [15]. Noch ein weiterer Unterschied soll endlich rücksichtlich der Verpfändung eintreten, worüber weiter unten genauer gehandelt werden wird. Nun ist es aber doch gewiß unmöglich, daß dieselbe Servitut eine doppelte Natnr habe, und je nach Umständen unter ganz verschiedenen Rechtsgrundsätzen stehe. Eine Servitut, welche ihrer Natur nach nur eine unterbrochene Ausübung zuläßt, wie die Wegegerechtigkeiten, kann gewiß dadurch keine continua possessio erlangen, daß sie für ein Gebäude bestellt wird, und es wäre daher auch unlogisch und unjuristisch, in diesem Falle eine usucapio libertatis zu ihrer erlöschenden Verjährung zu fordern. Unsere Juristen haben dies auch selbst gefühlt, und sind dadurch zu der den Quellen ebenfalls ganz fremden Theorie von den servitutes irregulares gekommen, welche dann zu weitern Streitigkeiten Veranlassung gegeben [16], aus welchen sich am Ende als Resultat der Satz ergab, die servitus rustica behalte, wenn sie auch als urbana bestellt werde, dennoch die Eigenthümlichkeiten der servitutes praediorum rusticorum bei, und umgekehrt [17]. Allein dieser Satz bildet mit der vorausgeschickten Begriffsbestimmung offenbar einen circulus vitiosus, und beweist da-

13) Gaj. II, 17, 29.

14) l. 14. pr. D. de serv. l. 20. pr. D. de S. P. U.

15) l. 6. D. de S. P. U.

16) v. Löhr, Magazin für R. Wiss. III. S. 495. 497. — Mühlenbruch im civ. Archiv Bd. 15. S. 382.

17) Wening, Civilrecht II. §. 66. — Mühlenbruch Pand. R. §. 280; nicht unbedingt will dies jedoch gelten lassen Puchta, Lehrbuch §. 160. not. a.

durch selbst die Unrichtigkeit dieser Begriffsbestimmung. Während nämlich in dieser durchaus kein abstractes Merkmal darüber enthalten ist, in welche Klasse eine bestimmte Servitute gehört, dies vielmehr nur von der concreten Gestaltung des einzelnen Falles abhängig gemacht wird, wird nachher doch eine solche abstrakte Entscheidung und regelmäßige Natur jeder einzelnen Servitut vorausgesetzt. Diesem Cirkel kann man auch nicht mit Cujacius [18]) dadurch entgehen, daß man sagt, servitutes rusticae seyen diejenigen, welche gewöhnlich zu Gunsten eines praedium rusticum bestellt werden; denn es läßt sich gewiß nicht behaupten, daß das Recht der Wasserleitung öfter für ein leeres Grundstück, als für ein Gebäude bestellt werde, und doch rechnen es die Gesetze schlechthin zu den servitutes praediorum rusticorum.

§. 2.

Aus dem bisher Ausgeführten ergiebt sich die Nothwendigkeit eines abstrakten Unterscheidungscriteriums für die beiden Klassen, und somit einer Begriffsbestimmung, wodurch jede Servitut ein für allemal in die eine oder andere Klasse eingereiht wird, ohne die Möglichkeit, jemals in einem concreten Falle in die andere Klasse zu gehören [19]). Eine solche Begriffsbestimmung zu geben, ist der Zweck dieses Aufsatzes, und sie dürfte in Folgendem liegen.

Servitutes praediorum urbanorum sind diejenigen, welche ohne Gebäude nicht bestehen können, gleichviel übrigens, ob das herrschende oder das dienende Grundstück, oder endlich ob beide ein Gebäude seyn müssen. Servitutes praediorum rusticorum dagegen sind diejenigen, welche auch zwischen zwei leeren Grundstücken vor-

18) in Comment. ad l. 7 D. de serv. P. VII. p. 389. — Mackeldey §. 288.

19) Diese Nothwendigkeit deutet auch schon A. Faber, conj. j. c. XIX, 15, an, ohne jedoch eine solche Begriffsbestimmung zu geben.

kommen können. Es kommt demnach durchaus nicht darauf an, für welche Grundstücke die Servitut im einzelnen Falle wirklich bestellt ist, sondern nur darauf, welche Grundstücke sie ihrem Inhalte nach nothwendig fordert; d. i. nach dem Bedürfnisse, wrlches die Servitut befriedigen soll, und nach den Befugnissen, die sie zu dieser Befriedigung giebt. Kann dieses Bedürfniß nun durch die Existenz eines Gebäudes, sey es nun, daß dies herrsche oder diene, hervorgerufen und gedacht werden, so ist die Befriedigung desselben eine servitus praediorum urbanorum; ist dagegen jenes Bedürfniß auch schon unter zwei leeren Grundstücken denkbar, gleichviel ob es dann auch in gleicher Weise durch Gebäude veranlaßt werden kann, so gehört die Befriedigung desselben zu den servitutes praediorum rusticorum. Diese Begriffsbestimmung ist demnach auf ein absolutes Merkmal gebaut, und weist jede Servitut ein für allemal der einen oder andern Klasse zu; sie entspricht somit den oben aufgestellten Anforderungen und es kommt jetzt nur noch darauf an, sie aus den Gesetzen zu rechtfertigen. Die Gründe, worauf sie gestützt ist, sind aber folgende.

1. In den Gesetzen wird gesagt: »Servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt«; [20]) d. h. gewisse Servituten heißen servitutes praediorum, weil sie ohne Grundstücke nicht bestellt werden können. Wollte man dies auf die hier zu erklärenden Begriffe anwenden, so würde sich ergeben, servitutes praediorum urbanorum hießen diejenigen, welche nur zwischen Gebäuden und servitutes praediorum rusticorum diejenigen, welche nicht ohne leere Grundstücke bestellt werden können, und so betrachtet die Sache Theophilus ad §. 3. J. cit. Allein, so richtig diese Folgerung ist, so erschöpft sie doch die Verhältnisse, wie sie sich im Leben gestaltet haben, nicht. Denn es giebt zwar Servituten, welche nicht ohne zwei Gebäude ge-

---

20) §. 3. J. de serv. praed. l. 1. §. 1. D. commun. praed.

dacht werden können, wie z. B. tigni inmittendi, aber es giebt keine, die nothwendig zwei leere Grundstücke fordert; ferner giebt es solche, bei denen nur das eine Grundstück nothwendig ein Gebäude seyn muß, entweder das herrschende, wie z. B. stillicidii avertendi, oder das dienende, wie stillicidii non avertendi; wieder andere fordern wenigstens auf einer Seite ein leeres Grundstück, wie die Weidegerechtigkeiten oder arenae fodiendae etc., während endlich andere in gleicher Weise zwischen Gebäuden, wie zwischen leeren Grundstücken vorkommen können, wie z. B. die servitutes itineris oder aquaeductus. Hieraus ergiebt sich, daß die oben erwähnte Folgerung, was logisch ebenfalls richtig ist, so gemacht werden muß: Servitutes praediorum urbanorum heißen diejenigen, welche nicht ohne (ein oder zwei) Gebäude vorkommen können, servitutes praediorum rusticorum alle übrigen.

II. Genau denselben Satz, welcher sich auf diese Weise ergeben hat, spricht Paulus aus, indem er in l. 3. D. de servit. sagt: »Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt.« Von dieser Stelle giebt die Glosse zwei verschiedene Erklärungen. Die eine geht dahin, Servituten könnten entweder von dem Eigenthümer des Bodens bestellt werden, oder von dem Superficiar oder Emphyteuta. Diese Erklärung ist aber bald als unrichtig erkannt und aufgegeben worden [21]). Die zweite Erklärung findet in der Stelle die Eintheilung in servitutes praediorum urbanorum und rusticorum ausgesprochen, indem sie sagen soll, einige Prädialservituten stehen einem Gebäude zu, andere dem leeren Grund und Boden, und diese Erklärung ist die herrschende geworden und geblieben [22]). Zwar hat Cujacius auch diese

21) Cujacius in Comment. ad l. 3. cit. P. VII. p. 384. — D'Avezan l. c. III, c. 15. p. 156.

22) Cujacius l. c. — Os. Aurelius de var. Cujac. Disp. XII. in thes. Otton. P. III. p. 723. Koch l. c. §. 9. Glück, B. 9. S. 26. — Buchholz, jur. Abhandlg. S. 310. — Luden, §. 15. not. 4.

Erklärung einmal angegriffen [23]), und eine dritte aus l. 13. D. de serv. pr. rust. versucht, wornach die Stelle sagen soll, eine Servitut werde entweder für ein Grundstück als solches bestellt, oder nur so lange es eine bestimmte superficies habe, und dadurch zu einem certum genus agrorum gehöre, z. B. ein Weinberg sey; allein diese, übrigens von D'Avezan l. c. und Merillius [24]) gebilligte Erklärung ist schon von Os. Aurelius l. c. widerlegt, und später nicht wieder vertheidigt worden. Die gewöhnliche Ansicht, daß in der Stelle die bekannte Eintheilung der Prädialservituten enthalten sey, hat auch die Stellung des Gesetzes in den Anfang des Titels de servitutibus, insbesondere den Zusammenhang mit l. 1. D. eod.; ferner die Vergleichung mit der ebenfalls von Paulus herrührenden l. 20 pr. D. de S. P. U. und endlich die Erklärung von Harmenopulus, epitome jur. II, tit. 4. §. 126 für sich. Gleichwohl ist die gewöhnliche Auffassung dieser Stelle darin unrichtig, daß sie das Wort consistere für gleichbedeutend mit pertinere nimmt, und daher behauptet, Paulus sage, einige Servituten stehen einem leeren Grundstücke, andere einem Gebäude zu. Diese Auffassung entspricht den Worten so wenig, daß manche schon gerade umgekehrt behauptet haben, Paulus habe die dienenden Grundstücke bezeichnen wollen. Consistere in aliqua re heißt aber bekanntlich, in oder auf etwas begründet seyn, beruhen, durch etwas in seiner Existenz bedingt seyn, also soviel wie non existere sine ea re. [25]) Wendet man dies hier an, so sagt Paulus folgendes: Von den Servituten, welche zwischen Grundstücken vorkommen, setzen einige nur den Grund und Boden überhaupt, andere aber eine superficies, ein Ge-

---

23) in libr. Pauli ad edict. ad l. 3. cit. P. V. p. 306—308.

24) in variant. Cujac. I, 12. und in Comment. de serv. ad l. 3. cit. thes. Otton. P. III. p. 636.

25) Cicero, Tuscul. Quaest. V, 14. — Caesar, de bello gallico VI, 21.

bäude [26]) voraus, ohne welches sie nicht gedacht werden können. Ob dieses Gebäude das herrschende oder dienende Grundstück seyn müsse, entscheidet er nicht [27]).

III. Diese aus den allgemeinen Aeußerungen der Quellen abgeleitete Begriffsbestimmung wird durch die in den Gesetzen aufgezählten einzelnen Servituten bestätigt. Alle diejenigen Servituten, welche zu den servitutes praediorum urbanorum gerechnet werden, können nämlich nicht bestehen und ausgeübt werden, ohne daß wenigstens das eine der beiden Grundstücke ein Gebäude sey. Bei den meisten muß dies allerdings, da sie auf die Bequemlichkeit und Sicherheit des Wohnens berechnet sind, das herrschende Grundstück seyn, wie z. B. bei der servitus protegendi, projiciendi, stillicidii avertendi etc.; allein bei einigen ist es auch hinreichend, wenn nur das dienende Grundstück ein Gebäude ist, wie z. B. stillicidii non avertendi, fenestrarum, altius non tollendi, während endlich wieder andere nothwendig zwei Gebäude fordern, wie z. B. oneris ferendi, tigni inmittendi. Dagegen können alle die Servituten, welche in den Gesetzen zu den servitutes praediorum rusticorum gezählt werden, schon zwischen zwei leeren Grundstücken bestehen und ausgeübt werden, weil sie vorzüglich zur Förderung des Landbaues dienen sollen, obgleich die meisten davon auch bei Gebäuden bestellt werden können.

IV. Eine besondere Bestätigung des obigen Begriffes ergiebt sich aber aus der Vergleichung der servitus cloacae mit der servitus aquaeductus, wenn sie so bestellt wird, daß aus einem Grundstücke Wasser durch ein anderes ausgeführt werden darf [28]). Der Unterschied zwischen beiden Servituten

26) Daß superficies Gebäude bedeute, bedarf keines weitern Beweises; l. 24. l. 26. D. de usurp. — l. 1. §. 1. D. de superfic. — l. 9. §. 4. l. 39. §. 2. D. de damno inf.

27) Diese richtige Erklärung der Stelle deutet schon an A. Faber conj. XIX, c. 13.

28) l. 29 D. de S. P. U.

besteht nämlich dann darin, daß durch den rivus der Wasserleitung nur reines fließendes Wasser geleitet wird [29]), durch die cloaca aber eine colluvies [30]) d. i. ein Zusammenfluß von unreinen Flüssigkeiten, Spühlig. Dieses letztere bildet sich nur in den Wohnungen der Menschen, oder in Ställen, also überhaupt in Gebäuden. Darum kann die servitus aquaeductus auch zwischen leeren Grundstücken gedacht werden, die servitus cloacae dagegen nicht; vielmehr steht das interdictum de cloacis nur demjenigen zu, der aus einem Gebäude eine Cloake unterhalten darf. Das Prätorische Edikt lautete noch etwas beschränkter: »cloacam, quae *ex aedibus* ejus in *tuas* pertinet« [31]); darnach wären zwei menschliche Wohnungen erforderlich; allein die Interpretation hat mit Recht hinzugesetzt, aedes bezeichne hier jedes Gebäude, und das Interdikt finde auch dann statt, wenn die Cloake aus einem Gebäude auf einen Acker geführt sey [32]). Aus dem Allen geht hervor, daß die servitus aquaeductus immer eine servitus praediorum rusticorum bleibt, wenn auch aus einem Gebäude, oder in ein solches Wasser geleitet wird, während die servitus cloacae darum zu den servitutes praediorum urbanorum gerechnet wird, weil sie nie ohne ein Gebäude vorkommen kann.

V. Endlich erklären sich aus der aufgestellten Begriffsbestimmung die praktischen Verschiedenheiten der beiden Klassen von Servituten. Alle diejenigen Servituten nämlich, welche nothwendig ein Gebäude fordern, bringen an diesem irgend einen dauernden, äußerlichen Zustand hervor, in welchem die Ausübung der Servitut enthalten ist, certa et continua possessio, weßhalb denn auch, solange dieser Zustand nicht aufgehoben und vernichtet ist, (usucapio liber-

29) l. 1. §. 6. D. de aqua quott.
30) l. 1. §. 4. D. de cloacis.
31) l. 1. pr. D. de cloacis.
32) l. 1. §. 8. D. eod.

tatis) von einem non usus der Servitut nicht geredet werden kann; in diesem Zustande liegt ihr Besitz und durch diesen werden sie erhalten. Gerade so betrachtet die Sache Paulus in l. 20 pr. D. de S. P. U.: »Servitus, quae in superficie consistunt, possessione retinentur, nam si *immissum habuero* — aut *projecero* — in tuo aliquid utor, et sic quasi facto quodam possideo.« Diese Stelle bestätigt zugleich auf das Bestimmteste die Erklärung, welche oben von dem consistere in superficie gegeben worden ist; denn sollte damit blos der zufällige Umstand bezeichnet seyn, daß die Servitut einem Gebäude zusteht, so wäre der von Paulus daran geknüpfte Rechtssatz unrichtig. Von einer servitus itineris, wenn sie auch einem Gebäude zusteht, kann nicht in dem Sinne, den Paulus hier mit diesen Worten verbindet, gesagt werden possessione retinetur, weil sich dabei keine habendi consuetudo, d. i. kein dauernder Zustand der Ausübung findet. Dasselbe gilt von allen Servituten, welche ohne Gebäude gedacht werden können, und dadurch erhält das in superficie consistere seine unverkennbare Bedeutung. Zwar können auch bei solchen Servituten Vorrichtungen vorkommen, welche die Ausübung unterstützen, erleichtern, oder wohl gar erst möglich machen, wie z. B. Treppen, Wegeanlagen, Geländer ꝛc. [33]), die dann auch bleibend sind; allein theils ist dies nicht jedesmal nothwendig, theils besteht hierin nicht schon die wirkliche Ausübung der Servitut selbst, wie bei den Gebäudeservituten, sondern diese fordert immer ein bestimmtes Handeln des Berechtigten auf dem dienenden Grundstücke, und dieses Handeln ist immer ein unterbrochenes, nur von Zeit zu Zeit eintretendes. Deßhalb wird von den servitutes praediorum rusticorum gesagt, sie seyen solche, ut non habeant certam continuamque possessionem [34]), und darum erlöschen sie durch bloßen non usus, d. i. wenn der Berechtigte eine bestimmte

33) l. 20. §. 1. D. eod.
34) l. 14. pr. D. de serv.

Zeit lang jenes Handeln unterlassen hat. Am leichtesten könnte man bei der servitus aquaeductus eine continua possessio annehmen, weil, wenn auch das Wasser nicht ununterbrochen geleitet wird, doch wenigstens die Röhren ununterbrochen angebracht sind; allein gerade hier zeigt sich am deutlichsten, daß bei den servitutes praediorum rusticorum die bloße Vorrichtung nicht als Ausübung der Servitut betrachtet wurde, sondern nur die persönliche Thätigkeit des Berechtigten; denn es galt strenge genommen nicht einmal für eine Ausübung der servitus aquaeductus, wenn das Wasser freiwillig durch die Röhren geflossen war, und nur billigerweise wurde daraufhin das interdictum de aqua gestattet [35].

§. 2.

Nachdem bisher die Gründe für den oben aufgestellten Begriff entwickelt worden sind, müssen noch diejenigen Gesetzesstellen betrachtet werden, welche demselben zu widersprechen scheinen. Da ist nun zunächst von Manchen auf diejenigen Stellen Gewicht gelegt worden, in welchen zwar von einer Servitut geredet wird, die zu den rusticis gehört, welche aber in dem Titel de S. P. U. eingereiht sind, wie z. B. l. 10. l. 15. l. 20. §. 1. D. de S. P. U. Allein bekanntlich ist der Umstand, daß ein Fragment in einen bestimmten Titel eingereiht ist, kein entscheidender Anhaltspunkt für den Sinn und Inhalt desselben.

Schwieriger ist schon die l. 2. pr. D. de S. P. R., in welcher geradezu von Neratius gesagt wird: Rusticorum praediorum servitutes sunt, licere altius tollere, et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum, vel praetorium vel protectum habere licere. Allein diese Stelle steht nicht blos mit der oben versuchten, sondern mit allen bisher aufgestellten Begriffsbestimmungen im Widerspruche, und hieraus folgt, daß die Stelle in einem beson-

35) l. 1. §. 21. D. de aqua quott.

dern Sinne genommen werden muß, wie auch alle Interpreten gefühlt haben. Die meisten sagen mit der Glosse, die Stelle erkläre sich daraus, daß Neratius, wie oben in §. 1. erörtert wurde, den Ausdruck praedia rustica in einem abweichenden Sinne nahm, und darunter auch die Gebäude auf dem Lande verstand [36]). Weil aber dadurch der Widerspruch aus den Pandekten nicht entfernt wird, so hat man auch andere Erklärungen versucht. Einige wollen sich in den angeführten Beispielen das herrschende Grundstück als ein leeres Grundstück denken [37]), was aber offenbar bei der servitus altius tollendi und cloacae gar nicht, und bei den übrigen nur gezwungen angeht. Daher will Luden S. 57—59 die Stelle aus der von ihm behaupteten Doppelsinnigkeit des Ausdruckes servitus praediorum rusticorum erklären. Die einfachste und natürlichste Erklärung, wenn man nicht auf die abweichende Terminologie des Neratius eingehen will, dürfte wohl folgende seyn. Pomponius sagt in l. 23. §. 1. D. de S. P. U.: »Futuro quoque aedificio, quod nondum est, vel imponi vel adquiri servitus potest.« und damit stimmt auch überein Paulus in l. 10. D. de S. P. R. licet nondum aedificato aedificio servitutem constituere« und Julian in l. 34. D. de S. P. U.: »et qui duas areas habet, alteram tradendo servam alteri efficere potest. Ebenso sagt Ulpian in l. 1. §. 8. D. de cloacis, das interdictum de cloacis könne statt finden, etsi area ab utralibet parte aedium sit. Darnach kann also eine servitus praediorum urbanorum auch schon zwischen den Eigenthümern zweier Bauplätze für die künftigen Gebäude bestellt werden, so daß, wenn dann die Gebäude hergestellt sind, kein neuer Bestellungsvertrag

36) Accursius ad h. l. — A. F ber, conj. XIX, 15. — Cujac. in not. ad §. 1. J. deserv. et in Comment. ad h. l. — D'Avezan l. c. c. 16.

37) Connanus, Comm. j. civ. P. I. lib. 4. c. 10. — Glück, B. 9. S. 27—30. Auch diese Erklärung findet sich übrigens schon in der Glosse.

nothwendig wird, und in diesem Sinne können also auch schon zwischen zwei leeren Grundstücken die von Neratius genannten, überhaupt alle servitutes praediorum urbanorum errichtet werden. Es ist daher durchaus unnöthig, den Text der l. 2. pr. D. cit. zu ändern, obwohl die Lesart Rusticorum *etiam* praediorum für die hier gegebene Erklärung noch bezeichnender ist.

Ein weiteres Argument gegen den hier vertheidigten Begriff könnte aus l. 11. §. 1. D. de publ. in rem entnommen werden, welche so lautet:

»Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque servitutibus praediorum urbanorum per traditionem constitutis vel per patientiam; forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci; item rusticorum; nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.«

Nach der gewöhnlichen Erklärungsweise wird nämlich hier von Ulpian die Wasserleitung, welche Jemand durch sein Haus zu führen gestattet, als ein Beispiel der servitutes praediorum urbanorum angegeben. Dadurch tritt dann freilich die Stelle auch mit der gewöhnlichen Ansicht in Widerspruch, wornach sich die Sonderung der beiden Arten von Servituten nach dem herrschenden Grundstücke richten soll. Deßwegen haben denn auch die Vertheidiger der herrschenden Ansicht entweder den Satz forte si quis-transduci für ein auszustreichendes Glossem erklärt [38]), oder angenommen, Ulpian habe sich auch das herrschende Grundstück als Gebäude gedacht [39]), während Luden S. 63 not. 18. die Stelle wieder aus der von ihm behaupteten Doppelsinnigkeit des Ausdrucks zu erklären scheint. Allein die ganze Voraussetzung, daß Ulpian in den bestrittenen Worten ein Beispiel der vorher genannten servitutes praediorum urbanorum geben wolle, ist

38) G. Noodt in Comment. ad D. de Public. und de S. P. R.

39) Cujac. in Dig. Jul. ad l. 14. D. comm. praed. P. VI. p. 290. — Glück B. 8. S. 319. not. 35. — Unterholzner II, S. 121.

irrig, und widerstreitet der wahren Bedeutung von forte si. — Das Adverbium forte heißt nämlich zunächst zufällig, nimmt aber in Verbindung mit gewissen Conjunctionen, si, nisi, ne, num, die Bedeutung von fortasse oder forsitan, an, also vielleicht, etwa [40]). Daraus entwickelt sich dann zwar allerdings bei den römischen Juristen auch die Bedeutung von zum Beispiel; allein in diesem Sinne sagen sie nicht forte si, sondern immer si forte [41]). Nehmen wir nun in unserer l. 11. D. cit. den Ausdruck forte si in der regelmäßigen Bedeutung von etwa wenn, vielleicht wenn, wohl auch wenn, so giebt Ulpian in dieser Wendung nicht ein Beispiel für das vorher Gesagte, sondern er geht damit zu etwas Neuem über, und die ganze Stelle erhält folgenden Zusammenhang. Die Publiciana ist zulässig bei den persönlichen Servituten, auch bei den servitutes praediorum urbanorum, wohl auch bei der servitus aquaeductus, aber auch bei allen servitutes praediorum rusticorum überhaupt. Daß die Stelle durch diese Auffassung an innerer Abrundung gewinnt, dürfte sich aus Folgendem ergeben: Ulpian behandelt hier die Möglichkeit eines Besitzes, der Tradition und in Folge davon der Publiciana actio bei den Servituten, und es ist schon von Franke [42]) bemerkt worden, daß dabei die Reihenfolge, in welchen die einzelnen Klassen der Servituten aufgezählt werden, nicht zufällig ist. Offenbar deutet hier Ulpian den geschichtlichen Entwicklungsgang an, den die Anwendung des Begriffes von Besitz und Tradition auf die Servituten durchlaufen hat. Die ältere Zeit schloß diese Anwendung ganz aus, weil die Servituten keine körperliche Existenz haben [43]). Später aber betrachtete man die Ausübung der

40) C. Nep. Hannibal. c. 8. — Caesar de bello gall. V, 50.
41) l. 20. D. de S. P. U. — l. 6. §. 1. D. si serv. vind. — l. 1. §. 8. D. de cloacis.
42) Abhandlungen S. 156
43) So nach Gajus II, 19, 28. — l. 3 pr. D. de usufr. — l. 43. §. 1. D. de dom.

Servituten, den usus juris, als ihren Besitz, und die Gestattung dieser Ausübung als ihre traditio. Am leichtesten machte sich dies bei den persönlichen Servituten, weil ihre Ausübung immer mit Detention der dienenden Sache verbunden ist, also dadurch gewissermaßen selbst eine körperliche Dauer erhält [44]. Aus einem gleichen Grunde konnte ein Besitz der servitutes praediorum urbanorum angenommen werden, weil sie immer einen dauernden, äußerlich erkennbaren Zustand an einem Gebäude hervorbringen, und so ließen denn Julianus, Paulus und andere diesen als Besitz gelten [45]. Bei den servitutes praediorum rusticorum dagegen tritt kein ähnliches Verhältniß, kein dauernder Zustand der Ausübung ein, und darum wurde für sie die Möglichkeit des Besitzes mit seinen Folgen fortwährend von den meisten geläugnet [46], während einige, insbesondere Javolen und Celsus d. j. auch hier Besitz und Tradition annahmen [47], indem sie die Vornahme der Servituthandlungen dem Innehaben der körperlichen Sache gleichstellten. Dieser Ansicht tritt Ulpian in unserer l. 11. cit. bei, indem er noch eine servitus praediorum rusticorum hervorhebt, bei welcher wegen ihrer Eigenthümlichkeit die Annahme eines Besitzes noch leichter erschien, als bei den übrigen; diese eine Servitut ist der aquaeductus, und seine hieher gehörende Eigenthümlichkeit der schon oben in §. 2 a. f. erwähnte Umstand, daß die dauernde Verrichtung als eine Art continua possessio derselben betrachtet werden könnte. Diese Erklärung der Stelle wird auch dadurch unterstützt, daß Ulpian auch in andern Beziehungen jene Eigenthümlichkeit des aquaeductus wohl beachtet hat, wie aus l. 1. §. 21 D. de aqua quott. erhellt.

---

44) l. 1. pr. D. qu. mod. usufr. amitt. — l. 1. §. 8. D. quod legat. — l. 3. §. 13 – 17 D. de vi. l. 4. D. uti poss. — l. 12 pr. D. de poss.

45) l. 20. pr. L. 32. §. 1. D. de S. P. U. — l. 9. §. 1. D. de vi.

46) l. 20. D. de serv. l. 83. D. de S. P. R. l. 3. §. 2. D. E. V. l. 4. §. 27 D. de usurp.

47) l. 20 D. cit. l. 7 D. de itinere.

§. 4.

Nachdem durch die bisherigen Ausführungen die neue Begriffsbestimmung gerechtfertigt seyn dürfte, erübrigt nun noch ein Blick auf die noch jetzt praktischen Folgen der Unterscheidung beider Klassen von Servituten, wobei jedoch das Anerkannte nur kurz berührt werden soll.

I. Daß die servitutes praediorum rusticorum zu den res mancipi gehörten, die andern nicht, ist für das Justinianische und heutige Recht gleichgültig. Der Grund jenes Satzes ergiebt sich aber aus der hier vertheidigten Begriffsbestimmung leicht. Diejenigen Servituten, welche ohne Gebäude bestehen können, befriedigen vorzugsweise Bedürfnisse des Landbaues; alle diejenigen Sachen aber, welche dem Landbaue wesentlich dienten, wurden bekanntlich den res mancipi zugezählt.

II. Anerkannt ist es, daß im neusten Rechte alle Servituten besessen, tradirt, und darum auch durch Interdikte geschützt werden können, daß aber weder die Natur des Besitzes, noch die Natur und Voraussetzungen der Interdikte bei allen Servituten dieselben sind. Der Besitz der persönlichen Servituten und der Servitutes praediorum urbanorum ist dem Eigenthumsbesitze vollkommen analog, da er in einem dauernden körperlichen Zustande besteht. Er wird darum auch wie dieser, durch einen einzigen Akt vollkommen begründet, durch die Herstellung jenes Zustandes, also bei persönlichen Servituten durch Ergreifen der Detention, bei den urbanae durch die der Servitut entsprechende Gestaltung des Gebäudes. Deßhalb wird auch die Ausübung dieser Servituten durch die gewöhnlichen Interdikte und unter den gewöhnlichen Voraussetzungen geschützt.

Anders verhält sich die Sache bei den servitutes praediorum rusticorum. Der Besitz besteht hier nicht in einem dauernden Zustande, sondern in einzelnen vorübergehenden Handlungen; es sind hier auch besondere Interdikte mit eigenthümlichen Voraussetzungen gegeben, die im Wesentlichen

darin zusammentreffen, daß nur derjenige den Schutz in der Ausübung der Servitut in Anspruch nehmen kann, der dieselbe während längerer Zeit durch mehrere einzelne gleichförmig wiederholte Handlungen ausgeübt hat. Uebrigens finden sich solche besondere Interdikte in den Quellen nur für die Wege- und Wasserleitungsgerechtigkeiten, und es ist dadurch die bekannte Streitfrage veranlaßt worden, ob bei den übrigen servitutes rusticae überhaupt ein possessorischer Schutz eintrete, und welcher? Während nämlich viele Theoretiker und die deutsche Praxis ganz entschieden hier die gewöhnlichen Interdikte zulässen, hat dies Savigny immer für unstatthaft erklärt, und erst in der neusten Auflage seiner Lehre vom Besitz S. 631 schließt er sich der Praxis in so fern an, daß er die Spolienklage für anwendbar erklärt, mit der sehr richtigen Bemerkung, daß bei diesen Servituten die Störung des Besitzes von der Aufhebung nicht so scharf getrennt werden könne. Darf nun auch dadurch die berührte Streitfrage als beseitigt angesehen werden, so bleiben doch noch folgende, bisher nicht gehörig beachtete Fragen übrig:

1) Tritt der possessorische Schutz bei denjenigen servitutes rusticae, für welche keine besondere Interdikte ausgebildet sind, auch schon zu Gunsten desjenigen ein, der nur *eine* Besitzhandlung für sich hat? Die bloße Consequenz der gewöhnlichen Interdikte oder der Spolienklage könnte zur Bejahung dieser Frage verleiten. Allein eine genauere Betrachtung muß zu einem andern Resultate kommen. Zunächst wäre es nämlich gewiß unjuristisch, wenn bei den minder wichtigen und seltneren Servituten, bei welchen wohl eben wegen dieser Eigenschaft die Römer keinen Interdiktenschutz eintreten ließen, der possessorische Schutz an leichtere Voraussetzungen geknüpft wäre, als bei den wichtigsten. Dann aber fordert die ganze Natur der servitutes rusticae ein mehrmaliges Handeln zum Begriffe ihres Besitzes. Ohne eine solche Wiederholung ist weder ein hinreichend bezeichnetes und begränztes factum der Ausübung vorhanden, noch der das Wesen des Interdikten-

besitzes bildende animus. Man muß daher für alle servitutes rusticae eine in längerer Zeit mehrmals wiederholte Ausübung als Vorbedingung des possessorischen Schutzes aufstellen, die genauere Entscheidung aber dem Ermessen des Richters überlassen. Selbst bei einer durch Tradition bestellten Servitut muß wohl dasselbe gelten, sofern die Besitzklage gegen einen andern als den Tradenten angestellt wird, weil hier doch auch lediglich der Besitz als solcher, nicht sein Entstehungsgrund das Klagfundament bildet. Dieser Grund entscheidet denn auch folgende Frage:

2) Ist auch zur Begründung der Publiciana in rem actio wegen einer servitus rustica die mehrmalige Ausübung nöthig? Der wahre Grund der Klage ist auch hier der Besitz, und da ein solcher für die servitutes discontinuae nicht ohne mehrmalige Wiederholung der Ausübung als vollendet betrachtet werden kann, so muß auch diese Frage gewiß bejaht werden. So ferne dagegen die Besitzübertragung nur als Requisit für die Erwerbung des dinglichen Rechtes, und mithin für die Begründung der confessoria actio in Betracht kommt, reicht gewiß auch eine einmalige Ausübung hin, und enthält die quasi traditio vollständig, weil hier der Besitz nicht als selbstständiger Grund von Rechten erscheint, sondern nur die äußere Erscheinung und Kundgebung des animus tradendi seyn soll, auch durch den vorausgegangenen Vertrag seine nähere Bestimmung und Begränzung erhält, wie sie ihm sonst nur die Wiederholung geben kann.

III. Anerkannt ist es ferner, und zwar jetzt nach vielen Streitigkeiten auch für das Justinianische Recht, daß in Folge ihrer continua possessio die servitutes praediorum urbanorum nur durch eine usucapio libertatis erlöschen, die rusticae dagegen durch bloßen non usus; daß auch bei den letztern eine Art usucapio libertatis eintreten könne, bemerkt Luden S. 185 mit Recht; allein nothwendig ist sie hier niemals.

IV. Ein weiterer Unterschied wird von den meisten Rechtslehrern mit Berufung auf l. 11. §. 3. und l. 12. D. de pign.

et hyp. darin gefunden, daß die servitutes praediorum rusticorum Gegenstand eines Pfandrechtes werden könnten, die urbanae dagegen nicht. Wie aber ein solches Pfandrecht möglich sey, und über den Grund des Unterschiedes herrschen verschiedene Ansichten, und diese sollen hier noch genauer betrachtet, und zugleich gezeigt werden, daß der ganze angebliche Unterschied wohl besser geleugnet wird. Die Dogmengeschichte dieser Frage ist kürzlich folgende. Accursius sagt, die servitutes urbanae könnten deßhalb weder verpfändet noch verkauft werden, weil sie perpetuae seyn müßten; diese Auffassung ist aber bald verworfen worden, weil bekanntlich auch die servitutes rusticae eine causa perpetua haben müssen [48]. Dagegen lehrte Cujacius [49], die servitutes rusticae könnten sowohl von dem Eigenthümer der dienenden Sache pfandweise bestellt, als auch schon bestehend von dem Berechtigten an einen benachbarten Gläubiger verpfändet werden, so daß er, wenn die Pfandschuld nicht getilgt werde, sie an einen andern Nachbar verkaufen dürfe, bei den servitutes urbanae sey beides unmöglich. Hierin ist nun offenbar dies irrig, daß die Verpfändung einer schon bestehenden servitus rustica ohne Verpfändung des praedium dominans als möglich angenommen wird, was den bekanntesten Rechtssätzen widerstreitet [50]. Man ließ daher diesen Theil der Cujacischen Ansicht fallen, behielt aber das Uebrige bei, und stritt dann in der neueren Zeit nur darüber, in welchem Augenblicke eine solche pfandweise bestellte Servitut entstehe, was die neusten Untersuchungen gewiß mit vollem Rechte dahin entschieden haben, daß erst der Käufer einer solchen Servitut, nicht schon der Pfandgläubiger der wirkliche Servitutsberechtigte werde [51].

---

48) A. Faber conj. XIX, 9.
49) Obs. XV, 6. in quaest. Pap. ad l. 64 de R. V. P. IV, p. 566. in Paul. ad ed. ad l. 12. D. cit. P. V p. 810.
50) l. 16. D. de serv. l. 86 D. de V. S. — A. Faber conj. XIX, 7.
51) Büchel, über jura in re, und deren Verpfändung. 1834. S. 73. ff. — Sintenis Pfandrecht. S. 121 ff.

Uebrigens ist schon vor Cujacius, wie er uns selbst erzählt, der ganze Unterschied von Mehreren geleugnet worden, und bestimmt leugnet ihn Duarenus [52]), indem er sagt, alle servitutes praediorum könnten als schon bestehende nicht verpfändet werden, und dies lehre Marcianus in l. 11. §. 3. D. de pign., dagegen könnten alle servitutes praediorum pfandweise bestellt werden, und dies erörtere Paulus in l. 12. D. eod. Diese Ansicht soll hier näher zu begründen versucht werden.

Durch die gelungene Ausführung Büchels darf als festgestellt angenommen werden, daß bei der pfandweisen Bestellung einer servitus rustica nicht der Pfandgläubiger der Servitutsberechtigte wird, sondern erst derjenige, welcher die Servitut von diesem kauft. Hieraus folgt denn aber auch gewiß, daß in dem Pfandgläubiger die Voraussetzungen für den Erwerb der Servitut nicht erfüllt zu seyn brauchen. Die Analogie des Pfandes an körperlichen Sachen, auf welche Büchel mit Recht seine Erklärung der l. 12. D. cit. stützt, entscheidet hiefür mit Bestimmtheit; denn der Pfandgläubiger braucht doch gewiß das commercium der ihm verpfändeten Sache so wenig zu haben, als der Onerirte bei einem Legate, wenn es nur dem Käufer resp. Legatare zukommt [53]). Dies wird auch durch die l. 1. §. 2. D. quae res pign. nicht widerlegt, vielmehr durch das argumentum a contrario bestätigt, indem sie sagt: Eam rem, quam quis emere non potest, *quia commercium ejus non est*, jure pignoris accipere non potest. Das heißt nämlich: eine Sache, welche er deßhalb nicht kaufen könnte, weil sie überhaupt nicht im Commerz ist, wie sich aus dem hinzugefügten Beispiele der res litigiosae klar ergiebt. Aus diesen Gründen muß man denn gewiß behaupten, daß bei der pfandweisen Bestellung einer servitus rustica der Pfandgläubiger kein praedium vicinum zu haben

---

52) disput. anniv. II, 13.
53) l. 49. §. 1. u. 2. D. de leg. II.

braucht. Gleichwohl lehren noch Büchel und Sintenis mit allen älteren Juristen, bei welchen dieser Satz freilich nothwendig war, das Gegentheil, und zwar nur wegen der Worte der l. 12 D. cit.: »scilicet si vicinum fundum habeat.« — Allein offenbar hat Paulus diese Bedingung nicht auf den ganzen Verpfändungsvertrag, sondern nur auf den ersten Theil desselben, auf die dem Pfandgläubiger selbst inzwischen zu gestattende Ausübung der Servitut bezogen, also nur auf den Fall, da die Verpfändung eine Art Faustpfand begründen soll. Dagegen die Verabredung, ut, si pecunia soluta non sit, vendere eas liceat, also die eigentliche Verpfändung oder Hypothekbestellung erklärt Paulus ganz unbedingt für zulässig, und es läßt sich in der That ein Grund für das Gegentheil nicht denken. So wenig nämlich der Hypothekargläubiger, um verkaufen zu können, die Sache besitzen muß, so wenig braucht hier der Pfandgläubiger die Servitut, welche er durch seinen Verkauf erst einem Dritten bestellen will und soll, jetzt schon selbst auszuüben. Wie die Verpfändung einer körperlichen Sache in ihrem Wesen nichts anderes ist, als die Einräumung des Rechtes, einem Dritten das Eigenthum derselben zu übertragen, so erscheint die Verpfändung der Servitut als die Einräumung des Rechtes, einem Dritten die Servitut zu übertragen, resp. zu bestellen, und dieses Recht kann jeder Gläubiger erhalten, er mag selbst ein benachbartes Grundstück haben oder nicht; hat er zufällig ein solches, so kann ihm zu größerer Sicherheit auch noch das Recht eingeräumt werden, einstweilen die Befugnisse für seine Person auszuüben, die er dann als Servitut einem Dritten bestellen darf, wenn er nicht rechtzeitig bezahlt wird. Daß Paulus nur dies sagen wollte, ist offenbar, wenn man sich daran erinnert, daß scilicet immer nur eine Einschränkung oder genauere Bestimmung eines vorausgegangenen Gedankens enthält [64]), und dann die Worte des Paulus ins Auge faßt:

54) Livius I, 39, 56.

Talis pactio fiat, ut, quam diu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum fundum habeat, et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat.

Wer könnte hier wohl bezweifeln, daß die mit scilicet eingeführte Bedingung nur den vorausgehenden Satz, nur das utatur, einschränken soll, nicht aber den nachfolgenden?

Wenn nach dem Bisherigen angenommen werden muß, daß bei der pfandweisen Bestellung der servitus rustica der Pfandgläubiger ein praedium vicinum nicht zu haben braucht, sondern nur der künftige Käufer, so fragt sich, ob diese Art der Verpfändung auch bei den servitutes praediorum urbanorum zulässig sey. Dies wird nun mit Berufung auf l. 11. §. 3. D. cit. geleugnet, und diese Entscheidung aus der inneren Natur dieser Servituten zu erklären gesucht. Früher hat man gewöhnlich mit Cujacius gesagt, die servitutes urbanae brächten nur dem nächsten Nachbar Nutzen, und könnten daher von ihm nicht wieder an einen entfernteren Grundbesitzer verkauft werden. Allein abgesehen davon, daß diese Erklärung auf der falschen Voraussetzung ruht, der Pfandgläubiger müsse selbst ein Nachbar seyn, ist sie auch noch darum unrichtig, weil ja jedes Haus doch wenigstens zwei unmittelbare Nachbarn hat, weil ferner auch die servitutes rusticae durch ein in Mitte liegendes servitutfreies Grundstück gehindert werden [55]), dagegen umgekehrt auch die servitutes urbanae unter Umständen zwischen entfernteren Grundstücken bestehen können [56]). Der Erklärungsversuch von Roßhirt, welcher sich darauf stützt, daß die servitutes urbanae nicht zu den res mancipi gehörten, ist schon durch Büchel widerlegt. Dieser selbst, und mit ihm Sintenis findet aber den Grund darin, daß da, wo eine Servitut pfandweise einge-

55) l. 7. §. 1. D. de S. P. R.

56) l. 7. §. 1. D. comm. praed. — l. 38. l. 39. D. de S. P. U. — l. 5. l. 6 pr. D. si serv. vind. l. 8. pr. D. de n. o. n. — A. Faber conj. XIX, 7.

räumt werden soll, doch die Befugnisse, welche die fragliche Servitut bilden sollen, genau bestimmt seyn müssen. Nun sey es zwar bei der servitus rustica möglich, daß die dem Pfandgläubiger pfandweise eingeräumten Befugnisse in ihrem bestimmten objektiven Umfange, also namentlich in Beziehung auf das dienende Grundstück, auch einem andern Grundstücke als dem des Pfandgläubigers Vortheil gewähren können, nicht aber bei einer servitus urbana. Offenbar beruht auch dieser Erklärungsversuch auf der irrigen Voraussetzung, daß der Pfandgläubiger selbst ein praedium vicinum haben müsse. Sieht man von dieser ab, so läßt sich in der That kein Grund denken, warum die pfandweise Bestellung einer servitus urbana unzulässig seyn soll. Gesetzt ein Nachbar wünscht schon lange Zeit die servitus oneris ferendi oder cloacae von seinem Nachbar zu erhalten, so wird das Recht, ihm dieselbe einzuräumen, jedem Gläubiger des letztgenannten als Sicherungsmittel pfandweise gegeben werden können, und dabei schon jetzt eine genaue Bestimmung des Umfangs der künftigen Servitut zulässig seyn. Dazu kommt aber noch, daß gar viele servitutes urbanae wenigstens für die zwei unmittelbaren Nachbargrundstücke in ganz gleichem Umfange bestehen und Nutzen bringen können, daß also Büchels Erklärung selbst für den Fall nicht ausreicht, wenn wir uns auch den Pfandgläubiger selbst als Nachbar denken.

Da demnach ein innerer Grund für die Ausschließung der pfandweisen Bestellung von servitutes urbanae im Sinne der l. 12 D. cit. nicht besteht, so fragt sich, ob die l. 11. §. 3. D. cit. jene Ausschließung wirklich enthält. Dies kann und muß aber geleugnet werden, indem sie nur durch die unmittelbare Anreihung der l. 12. D. cit. den Schein der Ausschließung erhalten hat. Betrachtet man die l. 11. §. 3. cit. für sich allein, so wird sie nur auf die Verpfändung schon bestehender servitutes praediorum urbanorum bezogen werden können, um so mehr als unmittelbar vorher in dem §. 2 auch von der Verpfändung eines Nießbrauches durch den

usufructuarius gehandelt wird; das darauffolgende Fragment kann aber jener Stelle um so weniger einen andern Sinn geben, als es von einem andern Juristen herrührt. Daß Paulus nur von servitutes rusticae spricht, beweist nicht, daß er für die urbanae das Gegentheil gelten lassen wollte, da wir ja nicht wissen, welchen Gedanken er vorher ausgesprochen hatte, und wozu daher das Sed den Gegensatz bildete. Jedenfalls ist also so viel gewiß, daß wir den hier behandelten Unterschied zwischen den zwei Klassen der Prädialservituten nicht als eine Ansicht der klassischen Juristen betrachten dürfen, nicht von Marcian, denn er sagt nur, bestehende servitutes urbanae könnten nicht verpfändet werden, und nicht von Paulus, denn dieser lehrt, servitutes rusticae können pfandweise bestellt werden. Beide Sätze sind vollkommen wahr, gelten aber nach allgemeinen Rechtsgründen in gleicher Weise von allen Prädialservituten, und es ist nur zufällig, daß jeder Jurist nur eine Art derselben nennt. Gerade dieser Umstand könnte aber die Compilatoren veranlaßt haben, hier einen Gegensatz anzunehmen, und durch die Zusammenreihung der beiden Stellen auszudrücken, der nicht besteht. Endlich ist es aber an sich noch zweifelhaft, ob die Compilatoren diesen Gegensatz ausdrücken wollten, oder ob nicht vielmehr auch die Zusammenreihung dieser Stellen zufällig ist. Nun ist es aber anerkannt, daß man, so lange nicht unabweisbare Gründe das Gegentheil fordern, ein Fragment nur seiner bloßen Stellung willen nicht in einem andern Sinn nehmen soll, als sein Verfasser, am wenigsten, wenn das Resultat ein unjuristisches seyn würde, wie in dem vorliegenden Falle. Wir sind daher berechtigt so, wie es möglicherweise die Compilatoren selbst gethan haben können, die l. 11. §. 3. D. cit. auf alle servitutes praediorum jam constitutae, die l. 12. D. cit. dagegen auf alle servitutes praediorum constituendae zu beziehen, und wir müssen dies thun, weil es die ratio juris fordert.

Fassen wir demnach zum Schlusse das Resultat des gegen-

wärtigen Aufsatzes nochmal kurz zusammen, so ist es folgendes: Servitutes praediorum urbanorum sind alle die Servituten, welche zu ihrer Existenz und Ausübung wenigstens ein Gebäude, gleichviel ob als herrschend oder als dienend fordern; sie haben eine certa et continua possessio, darum auch den gewöhnlichen Interdiktenschutz und gehen nur durch usucapio libertatis verloren. Alle diejenigen Servituten dagegen, welche auch zwischen zwei leeren Grundstücken bestehen können, sind servitutes praediorum rusticorum, haben nur eine unterbrochene Ausübung, darum auch eigenthümliche Voraussetzungen für den Schutz durch Interdikte und erlöschen durch reinen non usus. Ein Unterschied zwischen beiden Klassen rücksichtlich der Verpfändung besteht nicht.

III.

Ueber den Rechtsgrund der sg. possessorischen Interdicte.

Von
Herrn Professor **von Tigerström** zu Greifswalde.

Unstreitig zu den interessantesten Gegenständen des Römischen Rechtes gehört der Besitz, in so fern er zu jenen sg. possessorischen Interdicten berechtigt. Dieser Gegenstand hat auch in unseren Tagen das Urtheil denkender Juristen so vielfach und in einem ganz verschiedenen Sinne in Anspruch genommen und ist noch gegenwärtig von ganz verschiedenen Gesichtspunkten aus beurtheilt worden; darum kann es nicht anmaßend scheinen, wenn im Interesse der Wissenschaft die Ueberzeugung des Einzelnen öffentlich ausgesprochen wird.

Die Ansichten, welche hier bisher Platz gefunden haben und der Streitpunkt selbst kann im wesentlichen als bekannt vorausgesetzt werden; er betrifft nämlich insbesondere die